Das Recht preussischer Behörden, die Rechtsgiltigkeit von Gesetzen und Verordnungen zu prüfen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Heinrich Elkeles
Referendar

Breslau
M. & H. Marcus
1912

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau.

Referent: Professor Dr. Brie

Correferent: Professor Dr. Gretener

Die vollständige Arbeit erscheint demnächst in den Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, hrsgb. von Prof. Dr. Siegfried Brie und Prof. Dr. Max Fleischmann [Verlag von M. u H. Marcus in Breslau]

Herrn Geheimen Justizrat

Professor D.Dr. Brie

in Verehrung und Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Grundlagen.

§ 1. I. Plan der Arbeit 11
§ 2. II. Die Objekte des Prüfungsrechts 12
§ 3. III. Der juristische Charakter des Prüfungsrechts 17
§ 4. IV. Natürliche Begrenzung des Prüfungsrechts bei den Verwaltungsbehörden im Gegensatz zu den Gerichten. 19
1. Allgemeines
§ 5. 2. Literatur 23
§ 6. 3. Eigene Ansicht 28
§ 7. V. Möglichkeit der Beschränkung des richterlichen Prüfungrechts. 32

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0022

Literaturverzeichnis.

Anschütz: Deutsches Staatsrecht; in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 6. Aufl. 1904 (herausgegeb. von Kohler) Bd. II. S 449 ff.

— Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des Königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht. 2. Aufl. 1901.

Arndt: Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches 1884.

— Ueber deutsches und preussisches Verordnungsrecht; im Archiv für öffentliches Recht Bd. 15 S. 336 ff.

— Das Staatsrecht des deutschen Reiches 1901.

— Die Verfassung des deutschen Reiches. 2. Aufl. 1902.

— Das selbständige Verordnungsrecht 1902.

— Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat. 7. Aufl. 1907.

— Ueber Art und Formel der Publikation von Verordnungen; in der deutschen Juristenzeitung 1907 S. 257 ff.

Bartolomaeus: Der Begriff des Gesetzes im Sinne des § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes; im Archiv für öffentliches Recht Bd. 13 S. 586 ff.

Belmonte: Die Auffassung des Hamburgischen Obergerichts über das Verhältnis der Landesgesetze zu den Bundesgesetzen; in der Allgemeinen deutschen Strafrechtszeitung 1870 S. 265 ff.

Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft 1886.

Beyer: Rechtsetzende und rechtsausführende Gewalt 1909.

Binding: Handbuch des Strafrechts 1884.

Bischof: Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung 1860.

Bornhak: Preussisches Staatsrecht 1888.

Bluntschli: Allgemeines Staatsrecht 3. Aufl. 1863.

Brauer: Der Dienstbefehl zum Verbrechen als Grund der Straflosigkeit; im Gerichtssaal 1856 Bd. I S. 381 ff.

Brie: Theorie der Staatenverbindungen 1886.

— Artikel „Staatsminister, Staatsministerium“ im Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts 1890 Bd. II. S. 491.

— Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts; im Archiv für öffentliches Recht Bd. 4. S. 1 ff.

van Calker: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen 1891.

Dernburg: Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 5. Aufl. 1894.

Dreyer: Das deutsche Reichszivilrecht 1876.

Dulheuer: Die Elemente des preussischen Rechts 1862.

Düringer: Richter und Rechtsprechung 1909.

Dyroff: Rechtsetzung und Gesetz, zunächst nach bayrischem Staatsrecht; in Hirths Annalen des deutschen Reichs 1889 S. 817 ff.

Eckardt: Montesquieu und die preussische Verfassung; Erlanger Dissertation.

Fischer: Preussisches Privatrecht 1886.

Fleischmann: Der Weg der Gesetzgebung in Preussen 1898.

Freund: Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmässigkeit ihrer Amtshandlungen nach dem Rechte des deutschen Reichs und der grösseren Gliedstaaten; im Archiv für öffentliches Recht Bd. 2 S. 108—145, 355—424.

Fricker: Die Verpflichtung des Kaisers zur Verkündigung der Reichsgesetze; 1885.

Frormann: Eine Streitfrage aus dem Recht des konstitutionellen Gesetzgebungsverfahrens; im Archiv für öffentliches Recht Bd. 14 S. 503 ff.

Gareis: Allgemeines Staatsrecht 1883.

Gaupp-Göz: Württembergisches Staatsrecht. 1904.

v. Gerber: Grundzüge des deutschen Staatsrechts 3. Aufl. 1880.

Gierke: Besprechung von Labands „Staatsrecht des deutschen Reiches Bd. II“ in Grünhuts Zeitschrift Bd. 6 S. 221 ff.

— Deutsches Privatrecht Bd. I 1895.

Glatzer: Das Recht der provisorischen Gesetzgebung, insbesondere nach preussischem Staatsrecht 1899.

Gneist: Verwaltung, Justiz, Rechtsweg 1869.

Gönner: Der Staatsdienst, aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet. 1808.

Grimm: Deutsches Wörterbuch 1889.

Gumplowicz: Allgemeines Staatsrecht 3. Aufl. 1907.

Haenel: Studien zum deutschen Staatsrecht 1880.

— Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne 1888.

— Deutsches Staatsrecht 1892.

Harseim: Artikel „Beamte“ im Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts 1890.

Hatschek: Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung 1897.

Holtzendorff: Reichsstrafrecht und Landesstrafrecht in Deutschland; in der Allgemeinen Deutschen Strafrechtszeitung 1871 S. 19 ff.

Holtzendorff-Störk: Das deutsche Verfassungsrecht; in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 5. Aufl. 1890 Bd. II. S. 1043 ff.

Hubrich: Das Reichsgericht über den Gesetzes- und Verordnungsbegriff nach Reichsrecht 1905.

Jellineck: Gesetz und Verordnung 1887.

— Das Recht des modernen Staates. I. Band: Allgemeines Staatsrecht 2. Aufl. 1905.

— System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.

John: Rechtsgiltigkeit und Verbindlichkeit publizierter Gesetze und Verordnungen nach den Grundsätzen des preussischen Staatsrechts; in Aegidis Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte. Bd. 1. S. 244 ff.

Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre 1797.

Kaufmann: Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika 1908.

v. Kirchenheim: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 1887.

Laband: Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassung unter Berücksichtigung der Verfassung des norddeutschen Bundes 1871.

— Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 4. Aufl. 1901.

— Die Aufhebung des § 2 des Jesuitengesetzes; in der deutschen Juristenzeitung. 1904. S. 321 ff.

Lasker: Zur Verfassungsgeschichte Preussens. 1874.

Linde: In Monarchien mit landständischer Verfassung sind die Gerichte nicht befugt, die Giltigkeit der von dem Monarchen ohne Mitwirkung der Landstände erlassenen Gesetze einer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen; im Archiv für die Zivilistische Praxis. Bd. 16 S. 305 ff.

Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884.

v. Martitz: Ueber den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht; in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 36 S. 207 ff.

Mayer, Otto: Theorie des französischen Verwaltungsrechts. 1886.

— Deutsches Verwaltungsrecht. 1895.

Meier, Ernst: Artikel „Prüfungsrecht“ in Holtzendorffs Rechtslexikon. 1881. Bd. III S. 225, 226.

— Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preussens I. Band 1907.

Meyer, Georg: Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Aufl. 1893.

— Der Anteil der Reichsorgane an der Gesetzgebung.

— Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 6. Aufl. bearbeitet von Anschütz. 1905.

v. Mohl: Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. 2. Aufl. 1829.

Müller (Meiningen): Zur Aufhebung des § 2 des Jesuitengesetzes; in Hirths Annalen des Deutschen Reichs. 1904. S. 301 ff.

Oertel: Die Städteordnung. 4. Aufl. 1905.

Pabst: Die Sanktions- und die Publikationsfrist für Gesetze. 1909.

Posener: Das deutsche Reichsrecht im Verhältnis zum Landesrecht. 1900.

Rehm: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht; in Hirths Annalen des Deutschen Reichs. 1885. S. 89 ff.

Riedel: Die Reichsverfassungsurkunde. 1871.

v. Rönne: Das Staatsrecht der preussischen Monarchie. 4. Aufl. 1881.

Rosin: Das Recht der Arbeiterversicherung. 1893.

— Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen. 2. Aufl. 1895.

v. Roth: System des deutschen Privatrechts. 1880.

v. Sarwey: Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. 1883.

— Allgemeines Verwaltungsrecht. 1884.

v. Schulze: Das preussische Staatsrecht. 2. Aufl. 1890.

Schwartz: Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat. 1896.

Seligmann: Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne. 1886.

Seuffert: Ueber richterliches Ermessen. Rektoratsrede 1880.

v. Seydel: Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1897.

— Bayrisches Staatsrecht. 1885.

Smend: Die preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der belgischen. 1904.

Sohm: Ueber Begriffsjurisprudenz; in der deutschen Juristenzeitung 1909. S. 1019 ff.

Stahl: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. 2. Aufl. 1845.

v. Stein: Verwaltungslehre. 2. Aufl. 1863.

v. Stengel: Das Staatsrecht des Königreichs Preussen. 1894

Stier-Somlo: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung; in der Festgabe für Laband. 1908. Bd. II. S. 445 ff.

v. Stockmar: (E. A. Chr.) Studien über das preussische Staatsrecht; in Aegidis Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte. I. Band 1867 S. 196 ff.

Thudichum: Verfassungsrecht des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Zollvereins. 1870.

Vierhaus: Die freie Rechtsschule und die heutige Rechtspflege; in der Deutschen Juristenzeitung 1909. S. 1169 ff.

Zachariae: Deutsches Staats- und Bundesrecht. 3. Aufl. 1867.

— Erstreckt sich das richterliche Entscheidungsrecht auf die Frage, ob die Regierung eine Verordnung, auf welche sich in einer Streitsache die Parteien beziehen, zu erlassen berechtigt gewesen sei? im Archiv für die Zivilistische Praxis. Bd. 16. S. 145 ff.

Zöpfl: Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts. 5. Aufl. 1863.

Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. 1895.

A. Grundlagen.

§ 1. I. Einleitung.

Die Frage, inwieweit die Behörden, insbesondere die Gerichte, berufen sind, die Rechtsgiltigkeit der von ihnen anzuwendenden Gesetze und Verordnungen zu prüfen, ist in der Literatur des konstitutionellen Staatsrechts vielfach behandelt worden. Während sie in der absoluten Monarchie nur eine sehr geringe Rolle spielt, ist ihre Bedeutung für ein modernes konstitutionelles Staatswesen grösser, als es auf den ersten Blick scheinen könnte. Denn sie berührt letzten Grundes nicht allein die Stellung der Behörden gegenüber der anzuwendenden Rechtsnorm, sondern zugleich das Verhältnis der rechtanwendenden Faktoren zu den rechtschaffenden Faktoren im Staate. Das Problem des behördlichen Prüfungsrechts ist also zugleich ein Problem der Verteilung staatlicher Funktionen und damit faktisch ein Problem der Machtverteilung im Staate. Es kann uns daher nicht wundern, dass die ersten Aufsätze über das Prüfungsrecht, die in die Zeit des Kampfes zwischen dem absterbenden Absolutismus und dem siegreich vordringenden Konstitutionalismus fallen, vielfach einen unverkennbar politischen Charakter tragen, sodass man die Autoren geradezu in royalistisch und in ständisch gesinnte einteilen kann. Erst die neuere juristische Literatur hat die Politik, die sich in das Staatsrecht mischte, aus dieser ihr nicht gebührenden Stellung verdrängt und sich einer rein juristischen Betrachtungsweise zugewandt.

Jedoch auch hier fehlt zur Zeit noch eine Behandlung, die neben einer allgemeinen Lösung des Problems den geltenden Rechtszustand in seine Einzelheiten und letzten Konsequenzen verfolgt. Für die Mehrzahl der deutschen Verfassungen rechtfertigt sich dies dadurch, dass in ihnen eine positivrechtliche

Regelung des behördlichen Prüfungsrechts nicht getroffen ist. Die preussische Verfassung dagegen enthält in Art. 106 Abs. 2 der Verfassungsurkunde eine das Prüfungsrecht der Behörden beschränkende Bestimmung, welche lautet:

> Die Prüfung der Rechtsgiltigkeit gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu.

Eine ganz gleichlautende Bestimmung enthält die Oldenburgische Verfassung[1]), während die Braunschweigische Verfassung[2]) und die Verfassungen für Schwarzburg-Rudolstadt[3]) und Schwarzburg-Sondershausen[4]) die gleiche Beschränkung des behördlichen Prüfungsrechts bei Gesetzen statuieren. Noch weiter geht die Verfassung von Reuss j. L.[5]), welche die Prüfung bei allen „Anordnungen und Verfügungen", die vom Landesherrn ausgehen, ausschliesst, während die Waldecksche Verfassung[6]) sich im wesentlichen an die Bestimmung des Art. 106 Abs. 2 der Preussischen Verfassungsurkunde anlehnt, aber ausdrücklich bei Gesetzen die Prüfung dahin zulässt, ob die erforderliche ständische Zustimmung erteilt ist.

Eine eingehende, den geltenden Rechtszustand berücksichtigende Arbeit fehlt. Das ist eine Lücke, deren Ausfüllung bei der Bedeutung, die die Frage des Prüfungsrechts für das Staatsrecht und insbesondere für die rechtliche Stellung der Staatsfaktoren hat, angebracht und notwendig erschien. Sie auszufüllen, soll hier versucht werden. Wir werden uns im Folgenden jedoch auf das preussische Recht beschränken und zunächst den positiven, in Preussen geltenden Rechtszustand darlegen. Darauf aufbauend werden wir uns mit der Frage zu beschäftigen haben, ob das so gefundene Ergebnis dem Geiste der preussischen Verfassung und den Grundsätzen eines konstitutionellen Staatsrechts entspricht.

§ 2. II. Die Objekte des Prüfungsrechts.

Gegenstand der Prüfung einer Behörde kann jede von einem Staatsfaktor ausgehende Anordnung sein. Wir haben jedoch schon

[1]) Staatsgrundgesetz Art. 141 § 2.
[2]) Neue Landschaftsordnung § 100.
[3]) Grundgesetz § 26. [4]) Landesgrundgesetz § 41.
[5]) Revidiertes Staatsgrundgesetz § 107. [6]) § 94.

im vorigen Paragraphen angedeutet, worin das Problem des behördlichen Prüfungsrechts liegt: in der richtigen Abgrenzung des Machtbereichs der rechtschaffenden und der rechtanwendenden Staatsfaktoren. Das Prüfungsrecht bleibt also nur insoweit zu betrachten, als es staatliche Rechtsnormen zum Gegenstand hat.

Als staatliche Anordnungen erscheinen Gesetze und Verordnungen einerseits, Verfügungen andererseits. Der Unterschied zwischen beiden Kategorien liegt darin, dass Gesetze und Verordnungen allgemeinen Charakter haben, d. h. dass sie eine im voraus nicht bestimmte und nicht bestimmbare Vielheit von Tatbeständen zum Gegenstand haben, während die Verfügungen sich in der Regelung eines einzelnen Tatbestandes erschöpfen[1]). Daraus geht hervor, dass Verfügungen niemals Rechtsnormen sein können und dass wir sie daher aus unserer Betrachtung auszuschalten haben. Wir haben uns also nur mit dem Prüfungsrecht bezüglich der Rechtsgiltigkeit von Gesetzen und Verordnungen zu beschäftigen.

Die Worte „Gesetz“ und „Verordnung“ haben einen Doppelsinn. Das unterscheidende Merkmal zwischen diesen beiden Arten staatlicher Rechtsetzung ist nämlich einmal ein formelles, sodann aber auch ein materielles. Ein Gesetz im formellen Sinne ist eine staatliche Norm, welche unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande gekommen ist. Eine Verordnung im formellen Sinne ist im Gegensatz dazu eine Norm, welche vom Inhaber der

[1]) Das Erfordernis der Allgemeinheit für Gesetze ist sehr bestritten. Für das Erfordernis der Allgemeinheit haben sich ausgesprochen: v. Gerber, Grundzüge S. 156, G. Meyer, Verwaltungsrecht Bd. I S 1, v. Rönne Preussisches Staatsrecht Bd. I S. 437, v. Schulze, Preussisches Staatsrecht 1. Auflage Bd. II S. 207, Seligmann, Begriff des Gesetzes S. 62, Zachariae, Archiv S. 172, dagegen Brie, Theorie des konstitutionellen Staatsrechts S. 14, Laband, Staatsrecht Bd. II S. 3, Loening, Verwaltungsr., S. 226, Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 236, v. Martitz, Ueber den konstitutionellen Begriff S. 241, Prazak, Budgetrecht S. 454, Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 4, v. Schulze. 2. Aufl Bd. II S. 4, Schwartz, Verfassungsurkunde S. 200. Die Allgemeinheit des Tatbestandes bildet aber das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen Gesetzen und Verordnungen einerseits und Verfügungen andererseits. Geben wir dieses preis, so müssen wir zu dem Resultat kommen, alles für einen Rechtssatz zu erklären, „was die Laune des Gesetzgebers zu äussern beliebt“. (O. Mayer, Verwaltungsrecht Bd. I S. 71).

vollziehenden Gewalt ohne Mitwirkung der Volksvertretung festgesetzt wird. Die Verordnungen teilt man sodann wieder in solche, die vom Haupt der Executive, in Preussen vom Könige, ausgehen, und in Verordnungen der Behörden. Die formelle Unterscheidung von Gesetzen und Verordnungen beruht demnach auf dem Unterschied ihres Zustandekommens und ihres Schöpfers.

Gesetz im materiellen Sinne ist jede Rechtsnorm, Verordnung im materiellen Sinne jede Verwaltungsnorm. Die materielle Unterscheidung beruht demnach auf dem Inhalt. Beide Unterscheidungen stehen nun aber nicht etwa völlig getrennt neben einander, sondern sind durch ein logisches Band verknüpft. Gesetze im formellen und solche im materiellen Sinne, Verordnungen im formellen und solche im materiellen Sinne haben die Tendenz, sich zu decken, d. h. prinzipiell ist für jeden Rechtssatz ein formelles Gesetz notwendig, während der Erlass von Verwaltungssätzen dem Gebiete der Verordnungen überlassen bleibt.

Dieses Prinzip ist jedoch in der preussischen Verfassung, wie übrigens in den meisten anderen auch, nicht völlig durchgeführt. Art. 45 und Art. 63 V. U. geben vielmehr dem Könige die Befugnis, selbständig im Verordnungswege Rechtssätze zu erlassen. Art. 45 V. U. gesteht ihm das Recht zu, die zur Ausführung der Gesetze nötigen Verordnungen zu erlassen. Es wird damit dem Gedanken Rechnung getragen, dass die Gesetze nicht alle Einzelbestimmungen enthalten können und sollen, und dass die Festsetzung dieser Einzelbestimmungen dem Könige überlassen werden soll. Daraus geht schon hervor, dass die Ausführungsverordnungen des Art. 45 V. U. den Gesetzen gleichartig, also Anordnungen von Rechtssätzen sein können [1]). Natürlich können sie auch Anweisungen an die Behörden, also Verwaltungsanordnungen sein, und dies ist sogar überwiegend der Fall. Art. 63 V. U. enthält zweifellos die Befugnis des Königs zum Erlass von Rechtssätzen, indem er für den Fall des Notstandes dem Könige diejenigen Aufgaben zuweist, die gewöhnlich den gesetzgebenden Faktoren zustehen. Andererseits ist beispielsweise durch Art. 99 V.U. die Aufstellung des Etats, also ein Verwaltungsakt, der Gesetzgebung überlassen. Soweit auf Grund solcher positiver Be-

[1]) Anderer Meinung v. Rönne, Bd. I S. 366.

stimmungen Rechtsätze im Verordnungswege erlassen werden können, spricht man von „Rechtsverordnungen“, soweit ein Verwaltungsakt durch Gesetz geregelt werden muss, spricht man von „rein formellen“ Gesetzen. — Wenn nun aber auch diese Ausnahmen bestehen, so bleibt das Prinzip doch insofern von Wichtigkeit, als Abweichungen von ihm nur auf Grund positivrechtlicher Bestimmungen eintreten können, dass also insbesondere der König Rechtsverordnungen nur erlassen kann, soweit ihm dies in der Verfassung, oder sonst durch Gesetz ausdrücklich zugestanden ist. Jedoch kann die Gesetzgebung eben kraft ihrer gesetzgebenden Gewalt ein Gebiet, das formell durch Gesetz geregelt werden müsste, der Verordnungsgewalt des Königs überlassen. Nach preussischem Recht hat der König ein Recht, Rechtsverordnungen zu erlassen, nur in den Fällen des Art. 45 V. U., Art. 63 V. U., und kraft gesetzlicher Delegation.

Diese von der herrschenden Lehrmeinung[1]) vertretene, von Laband[2]) begründete, in neuester Zeit am ausführlichsten von Anschütz[3]) dargelegte Theorie wird von ihren Anhängern historisch und dogmatisch etwa in folgender Weise begründet: Schon im Allgemeinen Landrecht finde sich der materielle Gesetzesbegriff. Denn es sage in § 1 der Einleitung: „Das Allgemeine Landrecht enthält die Vorschriften, nach welchen die Rechte und Verbindlichkeiten der Einwohner des Staates, soweit dieselben nicht durch besondere Gesetze bestimmt worden, zu beurteilen sind.“ Schon hier würden also Gesetze und Normen des objektiven Rechts einander gleichgesetzt[4]). Zur Zeit der Entstehung der preussischen Verfassung aber sei es vollends allen Beteiligten klar gewesen, dass Gesetze gleich Rechtssätzen seien. Die Regierung habe dies in der „Verordnung über einige Grundlagen der preussischen Verfassung“ vom 6. April 1848 ausgesprochen, wo es in § 6 heisst:

„Den künftigen Vertretern des Volkes soll jedenfalls die Zustimmung zu allen Gesetzen zustehen.“

---

[1]) Zusammenstellung bei G. Meyer, Deutsches Staatsrecht S. 549.

[2]) Budgetrecht 1871.

[3]) Die gegenwärtigen Theorien 2. Aufl. 1902.

[4]) Anschütz, S. 125.

Dieselbe Auffassung habe auch bei der Beratung der Revisionskammern in den Jahren 1849—51 geherrscht, wie deren Verhandlungen bewiesen.

Ein weiteres Beweismittel sei der Wortlaut des Art. 62 V. U., in welchem das Wort „Gesetz" im materiellen Sinne zu nehmen sei. Wollte man es nämlich im formellen Sinne auffassen, so entstände eine nicht zu erklärende Tautologie. Denn der Artikel würde dann bedeuten: Gesetz ist, was durch König und Landtag bestimmt wird, und was der König und Landtag beschliessen, ist ein Gesetz[1]).

Diese Theorie ist nicht unwidersprochen geblieben, vielmehr haben einige Schriftsteller die Ansicht aufgestellt, dass der König in weiterem Umfange, als oben bezeichnet, zum Erlass von Rechtsverordnungen befugt sei. Es sind besonders die Theorien von Gneist[2]), Arndt[3]) und Bornhak[4]) zu erwähnen. Ein näheres Eingehen auf den Theorienstreit ist jedoch im Rahmen der vorliegenden Arbeit ausgeschlossen. Wir werden also den folgenden Erörterungen die herrschende Meinung, der wir uns, wenn auch nicht durchweg in der Begründung, so doch im Ergebnis anschliessen, zu Grunde legen.

Die vorstehenden Erörterungen über den Begriff von Gesetzen und Verordnungen lassen eine zweite Einschränkung des Themas notwendig erscheinen. Die Verwaltungsverordnungen, die nicht Rechtsnormen sind, ja in gewisser Beziehung den strikten Gegensatz zu diesen bilden, werden wir auszuschalten haben. Dagegen werden wir die rein formellen Gesetze in den Kreis unserer Betrachtungen ziehen. Wenn sie auch keine Rechtsnormen enthalten, so sind sie doch dadurch, dass sie der Gesetzgebung, der Rechtsschöpferin κατ' ἐξοχήν, zugewiesen sind, den materiellen Gesetzen ähnlich gemacht und mit den gleichen Rechtsgarantien umgeben wie diese. Unser Thema umfasst demnach das behördliche Prüfungsrecht bezüglich der Gesetze und der Rechtsverordnungen.

[1]) Anschütz, S. 29, Laband, S. 10, Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 115, Schulze, Preussisches Staatsrecht Bd. 2 S. 18, Schwartz, Kommentar S. 198. [2]) Verwaltung, Justiz, Rechtsweg.

[3]) Verordnungsrecht 1884, Selbständiges Verordnungsrecht 1902, sowie ein Aufsatz im Archiv für öff. R. Bd. 15 S. 336 ff.

[4]) Preussisches Staatsrecht.

§ 3. III. Der juristische Charakter des Prüfungsrechts.

Bevor wir im einzelnen den geltenden Rechtszustand hinsichtlich des Prüfungsrechts untersuchen, möge ein Blick auf die allgemeine rechtliche Natur dieses sogenannten Prüfungsrechts geworfen sein. Erschwert wird dies durch die Inkorrektheit des allgemein üblichen Ausdrucks „Prüfungsrecht", der in ähnlicher Weise auch von der Verfassungsurkunde gebraucht wird, wenn diese sagt: „Die Prüfung der Rechtsgiltigkeit u.s.w. steht nicht den Behörden zu." Dass dieser Ausdruck irreführend ist, beweist uns die sprachliche Interpretation des Wortes „prüfen".

Unter „prüfen" versteht man eine rein geistige Tätigkeit, welche nach logischen Gesichtspunkten vor sich geht und lediglich eine Beziehung zwischen der prüfenden Person und dem zu prüfenden Gegenstande herstellt, ohne dass die Aussenwelt in irgend welcher Weise an dieser Beziehung teilnimmt. Bei Grimm[1]) wird das Wort „prüfen" folgendermassen interpretiert: „Die dem lateinischen probare entsprechende Grundbedeutung ist die einer nachdenkenden, ordnenden, bewirkenden, wahrnehmenden, beurteilenden oder billigenden Tätigkeit." „Prüfen" ist also ein Vorgang im Inneren des Menschen, der zudem wie alle Gedankenvorgänge einen gewissen Grad von Unwillkürlichkeit besitzt. Daraus geht hervor, dass eine Prüfung weder erlaubt noch verboten werden kann, da eine rechtliche Erlaubnis wie ein rechtliches Verbot stets nur das Verhalten zweier Menschen untereinander oder das Verhalten eines Menschen zur Gesamtheit der übrigen treffen kann. Ein Recht zu prüfen ist ebensowenig zu konstruieren wie ein Recht zu denken. Nur das kann Gegenstand einer Erlaubnis bezw. eines Verbotes sein, dass der Prüfende die logischen Folgerungen, die er aus seiner Prüfung zieht, seiner Handlungsweise nach aussen zu Grunde legt. Diese Erwägungen treffen allerdings nicht im vollen Umfange zu, wenn die Prüfung eines Vorgangs nicht durch eine Einzelperson, sondern durch eine Personengesamtheit, insbesondere durch ein Kollegium, vorgenommen werden soll. Es ist zwar auch hier der Prüfungsvorgang insofern ein innerer Vorgang, als auch hier die Prüfung selbst eine Mitwirkung auf die Aussenwelt nicht ausübt. Indessen gehört doch zur Prüfung im Schosse

[1]) Deutsches Wörterbuch Bd. 7 S. 2182.

eines Kollegiums, dass die Meinungen der einzelnen Mitglieder geäussert werden und dass sich der gesamte Prüfungsvorgang in äusseren Formen abspielt, die rechtlich beeinflusst werden können. Es wäre daher das Verbot der Prüfung eines Vorgangs durch ein Kollegium wohl möglich.

Wenden wir diese Sätze auf die Prüfung der Rechtsgiltigkeit von Gesetzen und Verordnungen an, so ergibt sich: Soweit das prüfende Organ eine Einzelperson ist, kann die Prüfung der Rechtsgiltigkeit als solche niemals Gegenstand eines Rechtes bezw. einer Einschränkung sein. Soweit ein Kollegium in Frage kommt, kann sie zwar auch in dem (wörtlichen) Sinne verboten sein, dass dem betreffenden Kollegium untersagt ist, überhaupt über die Frage der Rechtsgiltigkeit zu verhandeln. Wenn man jedoch von dem „Prüfungsrecht der Behörden" spricht und wenn insbesondere eine Verfassungsbestimmung den Behörden die Prüfung der Rechtsgiltigkeit untersagt, so ist hier weniger an die eigentliche Bedeutung von „Prüfung" im Sinne von Erörterung und eventueller Beschlussfassung gedacht, sondern es handelt sich auch hier darum, dass die Behörden gehindert werden sollen, die Konsequenzen ihrer Prüfung zu ziehen. Denn soweit es sich um das Verbot der eigentlichen Prüfung handelt, würde die Uebertretung dieses Verbotes lediglich für die Beurteilung des Verhaltens der dabei beteiligten Beamten und für ihre eventuelle disziplinarische Bestrafung von Bedeutung sein. Für die Verfassung handelt es sich aber beim Verbot der Prüfung nicht so sehr um die prüfenden Personen als vielmehr um die zu prüfende Norm. Diese wird aber nicht schon durch die Prüfung, sondern erst durch die aus der Prüfung gezogenen Schlüsse berührt. Wir werden also, soweit es sich um den eigentlichen Zweck des Prüfungsverbotes handelt, eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen der Prüfung durch Einzelpersonen und durch ein Kollegium nicht zu machen brauchen. Die logischen Folgerungen nun, die ein (richterlicher oder nichtrichterlicher) Beamter aus dem Ergebnis seiner Prüfung zieht, sind je nach dem Ausfall dieser Prüfung verschieden. Ergibt die Prüfung die Rechtsgiltigkeit des Gesetzes oder der Verordnung, so ist die logische Folge die Anwendung des Gesetzes oder der Verordnung; ergibt dagegen die Prüfung einen Mangel der Rechtsgiltigkeit, so ist nach dem Prinzip des Rechtsstaats die logische Folge die Nichtanwendung der betreffenden Norm.

Gesetze und Verordnungen sind nun Befehle der Staatsgewalt, welche sich an eine doppelte Adresse wenden. Sie befehlen zunächst dem einzelnen Untertan: „Du sollst dies tun und jenes lassen!“ Sie befehlen aber ferner den Behörden: „Ihr sollt diese Norm eurem amtlichen Handeln zu Grunde legen.“ Die Frage, inwieweit diesem Befehle nachzukommen ist, bildet den Inhalt des sogenannten Prüfungsrechts. Insoweit die Rechtsordnung dem Beamten ein „Prüfungsrecht“ gewährt, gestattet sie ihm, ausnahmsweise dem Befehle der Staatgewalt nicht nachzukommen. Vergegenwärtigen wir uns noch, dass es ein grundlegender Satz des Beamtenrechts ist, dass der Beamte seinen Vorgesetzten und demgemäss der Staatsgewalt Gehorsam schuldig ist, so ergibt sich: Das sogenannte Prüfungsrecht der Behörden ist ein Recht zur Gehorsamsverweigerung gegenüber den Befehlen der Staatsgewalt[1]). Diese Bedeutung werden wir uns vor Augen halten müssen, wenn wir weiterhin dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend, vom „Prüfungsrecht“ sprechen werden.

VI. Natürliche Begrenzung des Prüfungsrechts bei den Verwaltungsbehörden im Gegensatz zu den Gerichten.

§ 4. 1. Allgemeines.

Das Prüfungsrecht kann sonach nicht bei allen Arten von Behörden das gleiche sein, es muss vielmehr den richterliehen Behörden in anderen Masse zustehen als den Verwaltungsbehörden. Der Unterschied zwischen beiden beruht auf dem Grundsatze des Art. 86 V.U., dass der Richter nur dem Gesetze, d. h. keiner Dienstgewalt, unterworfen ist[2]). Es ergibt sich schon hieraus, dass die Gehorsamspflicht des Verwaltungsbeamten eine andere sein

[1]) Es kann, wie oben ausgeführt, bei einem Kollegium auch lediglich das Recht der Eröterrung und Beschlussfassung sein. Wir haben jedoch gesehen, dass diese Bedeutung erst in zweiter Linie gemeint ist und in Betracht kommt.

[2]) Dies bezieht sich jedoch nur auf die eigentliche richterliche Tätigkeit, also auf die Auslegung und Anwendung der Gesetzesnormen auf einen Rechtsstreit. Bezüglich der verwaltenden Tätigkeit untersteht der Richter der Dienstgewalt einer vorgesetzten Behörde. Auch untersteht er wegen seines ausserdienstlichen Verhaltens einer Disziplinargewalt.

muss als die des Richters; denn die Dienstgewalt ist das eigentliche und wirksamste Instrument zur Verwirklichung der Gehorsamspflicht des Beamten. Das Wesen der Justiz ist die Dezentralisation, die Unabhängigkeit des Wirkungskreises jedes einzelnen Richters. Der Grund dafür liegt darin, dass dieser Wirkungskreis die Rechtsanwendung, und zwar nur diese, umfasst, dass daher für den Richter lediglich der Gesichtspunkt der Rechtmässigkeit unter Ausschluss jedes anderen Gesichtspunktes massgebend ist[1]). Die Rechtsmässigkeit ist aber durch das Vorhandensein von Gesetzen als objektiver und von dem im wesentlichen allen Teilen des Volkes innewohnenden Rechtsbewusstsein als subjektiver Quelle genügend bestimmt, um auch bei grösster Dezentralisation eine sehr erhebliche Verschiedenheit der Rechtsanwendung zu verhindern[2]).

Ganz anders bei der Verwaltung, die als ersten Gesichtspunkt nicht die Rechtmässigkeit, sondern die Zweckmässigkeit zu berücksichtigen hat. Dies darf natürlich nicht in dem Sinne aufgefasst werden, als dürfe die Verwaltung sich über das Recht hinwegsetzen, wenn ihr das allgemeine Wohl dies nötig erscheinen lässt. Aber die Gesetze bilden für die Verwaltung im Gegensatz zur Justiz nicht die einzige Richtschnur, sondern die Grenze ihrer Tätigkeit, insofern als die Verwaltung nur dann sich strikt auf den Rechtmässigkeitsstandpunkt zu stellen braucht, wenn ihr die Gesetze ein bestimmtes Handeln vorschreiben, andernfalls aber ihrer Tätigkeit Zweckmässigkeitsgrundsätze zu Grunde zu legen hat. Es tritt also bei ihr der objektive Gesichtspunkt der Gesetzmässigkeit zurück gegen den nicht zu objektivierenden der Zweckmässigkeit. Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit, dass in einem einheitlichen Staatswesen eine mehr oder weniger zentralisierte Ver-

[1]) Vgl. Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 611, Düringer, Richtre und Rechtsprechung S. 21, Laband, Bd. II S. 161, G. Meyer, S. 27, v. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht S 13, Schulze, Bd. II S 67.

[2]) In praxi weist allerdings das Rechtsbewusstsein, das beispielsweise bei der Auslegung eine grosse Rolle spielt, bei den einzelnen Volksgenossen wie auch bei den einzelnen Richtern Verschiedenheiten auf, die eine wirklich einheitliche Rechtsprechung verhindern. Immerhin wird auf Grund des Rechtsbewusstseins über die Frage, was recht oder unrecht ist, grössere Einigkeit herrschen als über die Frage, was zweckmässig oder unzweckmässig ist. Ueber die Kautelen, die eine Einheitlichkeit der Rechtsprechung bewirken sollen, siehe den folgenden Abschnitt.

waltung eine Forderung der Logik ist, sofern man nicht den Grundsatz der Gleichheit in der Behandlung der Staatsbürger zur leeren Phrase herabdrücken will. Dieser Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung ist in seiner Schärfe in der neueren Literatur vielfach bekämpft worden. Man hat ihm entgegengehalten, dass gerade die moderne Gesetzgebung einerseits die Wichtigkeit der Einheitlichkeit in der Rechtsprechung betont, andererseits dem Richter ein freies Ermessen einräumt, das dem der Verwaltung eigentümlichen wesensähnlich, wenn nicht gar wesensgleich ist[1]). Was die Einheitlichkeit der Rechtsprechung betrifft, so kommen im geltenden deutschen Recht § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes und § 28 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Betracht. Diese Paragraphen sind aber nur ganz vereinzelte Sonderbestimmungen, die allerdings zu Gunsten der Rechtseinheit eine gewisse Zentralisation der Rechtsprechung anstreben, jedoch dem Prinzip der Dezentralisation in der Rechtsprechung keinen Abbruch tun können. Dass die in der heutigen Rechtsprechung vielfach geübte Praxis, sich zur Wahrung der Rechtseinheit den oberstgerichtlichen Entscheidungen ohne weitere Prüfung anzuschliessen, neben ihren zweifellosen Vorteilen auch erhebliche Nachteile mit sich bringt, wird fast allgemein anerkannt[2]).

Bezüglich des freien richterlichen Ermessens aber muss man besonders beachten, dass richterliches Ermessen bei Bestimmung des Tatbestandes und bei Bestimmung der Rechtsfolgen streng auseinandergehalten werden müssen. Dass der Richter bei Feststellung des Tatbestandes eine selbständige geistige Tätigkeit zu entfalten hat, ist die natürliche Folge des Umstandes, dass kein Gesetz alle möglichen Tatbestände, auch nur annähernd, bestimmen kann. Hierher gehören auch die Fälle, in denen das Gesetz von der im Verkehr üblichen Sorgfalt, vom Geschäftsgebrauch u. s. w. spricht. Denn auch hier sind die Rechtsfolgen bestimmt und der Richter wird vom Gesetz angewiesen, den Tatbestand nach Begriffen zu bestimmen, die im Gesetz selbst nicht konkretisiert,

[1]) Seuffert, Ueber richterliches Ermessen. Stier-Somlo, Das freie Ermessen; ferner Bernatzik, Rechtsprechuug und materielle Rechtskraft S. 37, Jellinek, Recht des modernen Staates S. 604.

[2]) Vgl. besonders Düringer, Richter und Rechtsprechung S. 24.

sondern den allgemein oder im kaufmännischen Verkehr üblichen Anschauungen zu entnehmen sind[1]). Hierher gehört vor allem die in § 286 der Zivilprozessordnung statuierte freie Beweiswürdigung, da ja erst auf Grund der aufgenommenen Beweise der Richter erkennt, welchen Tatbestand er seinem Urteil zu Grunde zu legen hat.

Aber das freie Ermessen des Richters bei Konkretisierung des Tatbestandes trifft unseren Fall garnicht. Denn der Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung liegt nicht in ihrer feststellenden, sondern in ihrer schöpferischen Tätigkeit. Nun hat allerdings im modernen Recht der Richter auch bei Gestaltung der Rechtsfolgen ein gewisses Ermessen, so im Strafrecht, soweit keine absolut bestimmte Strafe statuiert wird, und im Zivilrecht beispielsweise in § 343 B.G.B.; aber der Massstab, nach dem dieses Ermessen ausgeübt wird, ist beim Richter ein anderer als beim Verwaltungsbeamten. Während dieser, soweit sein freies Ermessen reicht, dasjenige bestimmt, was er für zweckmässig hält, hat der Richter diejenige Rechtsfolge auszusprechen, die nach seiner Meinung im vorliegenden Falle das Gesetz ausgesprochen haben würde, wenn es für jeden möglichen Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge festgesetzt hätte. Wollte auch der Richter den Masstab der Zweckmässigkeit an seine Entscheidungen anlegen, wie es neuerdings die „Freirechtler" fordern, so würde an die Stelle der Rechtssprechung eine Willkür treten[2]). Wir werden also mindestens prinzipiell daran festhalten müssen, dass mit der Rechtsprechung Gebundenheit an das Gesetz und Dezentralisation verknüpft ist. Mit Recht ist darauf hingewiesen worden[3]), dass die Unabhängigkeit des Richters, deren festeste Stütze die Dezentralisation ist, ihm nur mit Rücksicht darauf gegeben worden ist, dass er andererseits an das Gesetz gebunden ist.

Dieser Unterschied: Justiz-Dezentralisation, Verwaltung-Zentralisation kennzeichnet auch den Unterschied in der Frage des

---

[1]) So auch Seuffert, S. 5, gegen ihn, jedoch nicht überzeugend, Stier-Somlo, S. 466.

[2]) Vgl. Düringer, S. 13, Sohm, Ueber Begriffsjurisprudenz S. 1021, Vierhaus, die Freirechtsschule S. 1173, Brie, im Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. III S. 531 ff.

[3]) Stier-Somlo, S. 464.

Prüfungsrechts. Der von der Disziplinargewalt befreite Richter, der bei der Rechtsanwendung nur an das Gesetz gebunden, im übrigen aber frei ist, für den stets die Vermutung der Bewegungsfreiheit besteht, und dessen Tätigkeit auf eigenen Entschlüssen beruht, muss auch in der Frage des Prüfungsrechts, soweit ein solches überhaupt besteht, die grösstmögliche Freiheit haben. Bei dem Verwaltungsbeamten dagegen, der einer Zentralgewalt unterworfen ist, konkurriert die Unterwerfung unter diese mit der Unterwerfung unter das Gesetz in der Weise, dass, auch soweit ein Prüfungsrecht den Behörden durch die Rechtsordnung eingeräumt ist, dieses im vollen Umfange nur der Zentralgewalt gegeben ist, während für die unteren Behörden dieses Recht durch den Gehorsam gegen die vorgesetzte Behörde in gewissem Masse beschränkt ist.

§ 5.

2. Literatur.

In der Literatur ist die Frage des Prüfungsrechts des Verwaltungsbeamten nur kurz und wenig befriedigend behandelt worden. Im allgemeinen ist richtig erkannt worden, dass die Frage des Prüfungsrechts aufs engste mit der Frage der Gehorsamspflicht verknüpft ist. Es sind zwei Fälle denkbar, in denen das Prüfungsrecht mit der Gehorsamspflicht kollidieren kann: einmal, wenn einem Beamten von seinem Vorgesetzten ein Dienstbefehl erteilt wird, der die Ausführung eines Gesetzes oder einer Verordnung zum Gegenstande hat, deren Gesetzmässigkeit der Untergebene für ausgeschlossen hält oder anzweifelt; sodann wenn ein Beamter innerhalb seines Geschäftskreises, ohne einen speziellen Befehl erhalten zu haben, eine Norm auszuführen hat, deren Inhalt ihm gesetzwidrig oder deren Rechtmässigkeit ihm zweifelhaft erscheint. Der erste Fall, der allein in der Literatur behandelt wird, zeigt ganz offenbar den Konflikt von Prüfungsrecht und Gehorsamspflicht. Aber auch der zweite Fall ist analog dem ersten zu behandeln. Wie wir in § 3 dargelegt haben, ist der Gesetzesbefehl ein Befehl der Staatsgewalt, der der Beamte in noch höherem Masse als andere Staatsbürger zum Gehorsam verpflichtet ist. In Preussen, wie in allen monarchisch regierten Staaten, kommt noch hinzu, dass bei königlichen Verordnungen der Gesetzesbefehl sowie der im Erlass einer

Verordnung liegende Befehl vom Könige, dem höchsten Dienstvorgesetzten des Verwaltungsbeamten, ausgeht. Es liegt demnach kein Grund vor, den hierin liegenden allgemeinen Befehl anders als den speziellen, für einen bestimmten Fall ausdrücklich erteilten zu behandeln.

Wir können also die Frage des Prüfungsrechts des Verwaltungsbeamten zurückführen auf die Frage, inwieweit ein Beamter die Ausführung von Befehlen seiner Vorgesetzten, die er für ungesetzmässig hält, verweigern darf. Wir werden diese Frage dahin beantworten, dass, soweit ein Beamter aus einer Amtshandlung verantwortlich gemacht werden kann, ihm das Prüfungsrecht bezüglich dieser Amtshandlung zustehen muss, er einem Befehle zur Vornahme der Amtshandlung den Gehorsam verweigern darf, wenn er sie für unrechtmässig hält. Wir werden diesen Satz später noch zu modifizieren haben, wenn Begriff und Ausdehnung des Wortes „Verantwortlichkeit" eine Klärung gefunden haben Vorher aber wollen wir einen Blick auf die Literatur werfen, wie diese sich zur Frage des Prüfungsrechts und der Verantwortlichkeit der Verwaltungsbeamten stellt.

Gewöhnlich [1]) wird das Verhältnis von Prüfungsrecht und Verantwortlichkeit in umgekehrter Weise dargestellt, als wir es eben getan haben. Die gewöhnliche Argumentation geht dahin, dass die Verantwortlichkeit des Beamten durch sein Prüfungsrecht bestimmt werde, dass nämlich der Beamte insoweit von der Verantwortlichkeit für seine Amtshandlungen befreit sei, als er ohne Prüfung der Rechtmässigkeit zum Gehorsam verpflichtet sei. Nur Bornhak [2]) macht wenigstens die Prüfungspflicht von der Verantwortlichkeit des Beamten abhängig.

---

[1]) Binding, Handbuch S. 805, Brauer, der dienstliche Befehl S. 384, van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit S. 25, Freund, Die Verantwortlichkeit der Beamten S. 143, Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 411, O. Mayer, Verwaltungsrecht Bd. II S. 230, Schulze, Preussisches Staatsrecht Bd. I S. 317, Schwartz, Kommentar S. 333, Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht Bd. II S. 41, Zorn, Deutsches Staatsrecht Bd. I S. 314.

[2]) Preussisches Staatsrecht Bd. II S. 51. v. Sarwey, Württembergisches Staatsrecht Bd. II S. 288ff. bewegt sich in einem Zirkel, indem er zwar die Gehorsamspflicht von der Verantwortlichkeit, sodann aber die Verantwortlichkeit von der Gehorsamspflicht abhängig macht.

Nimmt also die herrschende Meinung das Prüfungsrecht als das primäre, die Verantwortlichkeit als das sekundäre Moment an, so muss sie notwendigerweise die Beantwortung der Frage nach dem Prüfungsrecht der Beamten auf einer anderen Grundlage aufbauen. Diese Beantwortung ist aber nichts weniger als einheitlich geschehen, vielmehr finden wir in der Literatur beträchtliche Verschiedenheiten.

Sehen wir ab von einer heute schon längst nicht mehr vertretenen Ansicht, welche den Beamten zu striktem und blindem Gehorsam verurteilte und ihm deshalb folgerichtig jedes Prüfungsrecht versagte, so können wir im wesentlichen folgende Ansichten erwähnen.

Eine sehr weit verbreitete Ansicht[1]) spricht dem Beamten das Recht zu, 1. die Form des Befehls auf ihre Rechtmässigkeit, 2. die Zuständigkeit des befehlenden Beamten und die eigene Zuständigkeit zu prüfen. Denn nur einem wirklichen Dienstbefehl, der vom zuständigen Vorgesetzten an den zuständigen Untergebenen ergeht, sei dieser Gehorsam schuldig. Dagegen habe er kein Recht, die materielle Gesetzmässigkeit des Befehls zu prüfen. Wenden wir dies auf unseren Fall an, dass ein Vorgesetzter einem Untergebenen befiehlt, einer Verordnung oder einem Gesetze gemäss zu handeln, so folgt daraus, dass der Untergebene zwar den Befehl bezüglich der Form und der beiderseitigen Kompetenz zu prüfen habe, dass er sich aber um den Inhalt des Befehls, d. h. um die Rechtsgiltigkeit der Verordnung bezw. des Gesetzes überhaupt nicht zu kümmern habe.

Mit Recht haben O. Mayer[2]) und Bornhak[3]) daraufhingewiesen, dass dieses Prüfungsrecht über den Rahmen eines formellen Prüfungsrechts insofern hinausgeht, als es dem Beamten gestattet sein soll, die Kompetenz des Befehlenden zu prüfen. Denn „durch Erlass eines rechtswidrigen Befehls überschreitet

---

[1]) Laband, Staatsrecht Bd I S. 434, Arndt, Reichsstaatsrecht S. 643, Binding, S 805, van Calker, S. 42, Freund, S. 136, Harseim, Beamte S. 140, Jellinek, S. 410, v. Seydel, Staatsrecht Bd. III S. 391, Schwartz, S 333, v. Stengel, Preussisches Staatsrecht S. 146, Zorn, Bd I S. 315 (zweifelnd).

[2]) Bd. II S. 238.

[3]) Bd II S 50

der befehlende Beamte stets seine Zuständigkeit.“ [1]) Während diese Theorie also behauptet, dem Beamten jedes materielle Prüfungsrecht abzusprechen, gesteht sie ihm in jedem Falle ein volles materielles Prüfungsrecht zu.

Von Anderen wird dem Beamten unter gewissen Umständen ein materielles Prüfungsrecht zugestanden, also etwa wenn der Befehl gegen die Gesetze der Sittlichkeit oder der Religion verstösst [2]). wenn er gegen den klaren Wortlaut eines Gesetzes verstösst, [3]) oder wenn er ein Verbrechen zum Inhalt hat. [4]) Dem Beamten das Recht der Prüfung zu überlassen, ob ein Gesetz gegen Sittlichkeit oder Religion verstösst, geht zu weit. Sind doch die Auffassungen über diese Begriffe so grundverschieden, dass die Gefahr sehr nahe liegt, der Unterbeamte könne sich durch eine Gehorsamsverweigerung nicht nur mit der Auffassung des Oberbeamten, sondern auch mit der des Staates in Widerspruch setzen. Man denke beispielsweise an einen katholischen Beamten, der sich in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunders geweigert hätte, eines der Kulturkampfgesetze auszuführen, weil es gegen die Gebote der Religion verstosse. Man wird ohne weiteres zugeben müssen, dass die rechtliche Billigung eines solchen Verhaltens die staatliche Ordnung aufs tiefste gefährden müsste. Nicht viel besser steht es, wenn dem Unterbeamten die Erlaubnis gegeben werden soll, zu entscheiden, ob der Inhalt des Befehls dem Wortlaut eines Gesetzes widerspricht. Auch hier wäre, mangels einer objektiven Grundlage, ein nahezu unbeschränktes materielles Prüfungsrecht gegeben [5]).

Ein unbedingtes materielles Prüfungsrecht gibt dem Beamten Loening [6]). Wir haben bereits oben darauf hingewiesen, dass ein

---

[1]) Bornhak, Bd. II S. 50.

[2]) Bluntschli, Allg. Staatsrecht Bd. IIS. 137, v. Rönne, Preusisches Staatsrecht Bd. III S 475, Zachariae, l. c Bd. II S. 40.

[3]) G. Meyer, Deutsches Staatsrecht S. 514, v. Rönne, Bd. I S 140.

[4]) Bluntschli, Bd. II S. 137, Bornhak Bd. IIS. 52, v Kirchenheim, Deutsches Staatsrecht, S. 217, Oberverwaltungsgericht Bd. 28 S. 408.

[5]) Ueber das Recht des Beamten zu prüfen, ob der Befehl die Begehung eines Verbrechens von ihm fordert, und im Falle der Bejahung den Gehorsam zu verweigern, werden wir unten noch näher sprechen.

[6]) Deutsches Verwaltungsrecht S. 122.

solches Recht unvereinbar ist mit dem für jede Verwaltung notwendigen Prinzip der Zentralisation.

Eine andere Theorie [1]) gesteht dem Beamten das Recht zu, wenn er Zweifel an der materiellen Gesetzmässigkeit eines Befehls hegt, diese Zweifel der befehlenden Oberbehörde mitzuteilen. Beharre diese aber trotzdem bei ihrer Meinung, so sei nunmehr der Beamte zum Gehorsam verpflichtet. Wir werden auf die Berechtigung dieser sogenannten Remonstrationstheorie und auf die Einwendungen, dieg egen sie vorgebracht worden sind, unten [2]) näher eingehen.

Zum Schluss ist noch eine Theorie [3]) zu erwähren, welche die vorerwähnten Theorien gewissermassen durchkreuzt. Sie gesteht dem Beamten neben den festbegrenzten Fällen, in denen er auf Grund seines Prüfungsrechts zur Gehorsamsverweigerung berechtigt und verpflichtet ist, das Recht zu, auch in den übrigen Fällen, in denen ihm die materielle Gesetzmässigkeit eines Befehls zweifelhaft ist, den Gehorsam zu verweigern. Dann aber handele er auf eigene Gefahr, und wenn sich nachträglich herausstelle, dass die Gehorsamsverweigerung unberechtigt war, so sei er disziplinarisch zu bestrafen. Diese Ansicht scheint uns deshalb unhaltbar zu sein, weil sie den Begriff des Rechts verkennt. Entweder der Beamte hat (mit Ausnahme von bestimmten Fällen) dem Befehl ohne Prüfung zu gehorchen. Dann ist jede Gehorsamsverweigerung wegen angeblicher Gesetzwidrigkeit ungerechtfertigt und als Verstoss gegen die Beamtenpflicht zu ahnden. Oder der Beamte hat auch auf Grund subjektiver Zweifel ein Gehorsamsverweigerungsrecht. Dann kann er für die Ausübung dieses Rechtes nie verantwortlich gemacht werden. Auch hier gilt der Satz: „Qui iure suo utitur. neminem laedit".

---

[1]) Zuerst Gönner, Der Staatsdienst S. 202, ferner Bluntschli, Bd. II S. 137, v. Gerber. Grundzüge S. 118, v. Mohl, Württembergisches Staatsrecht Bd. I S. 771, v. Rönne, Bd. III S. 475, Schulze Bd. I S. 316.

[2]) S. 29 ff.

[3]) Bornhak, Bd. II S. 50, Jellinek, S. 411, Schulze, Bd. I S. 317.

§ 6.

Eigene Ansicht.

Wir haben bereits oben gesagt, dass wir den Inhalt des Prüfungsrechts bezw. der Prüfungspflicht von der Verantwortlichkeit des Beamten für seine Amtshandlungen abhängig machen, und wir müssen mit einigen Worten diese Auffassung gegen die umgekehrte Auffassung des Verhältnisses verteidigen. Betrachtet man die Verantwortlichkeit des Beamten als eine Folge des Prüfungsrechts, so muss man das Prüfungsrecht als eine gegebene Grösse ansehen. In der Tat wird auch in der Literatur das Prüfungsrecht des Verwaltungsbeamten ebenso wie das des Richters so konstruiert, dass man es als im Prinzip gegeben und nur durch die Gehorsamspflicht eingeengt ansieht. Wie weit dann aber diese Gehorsamspflicht geht, das wird im wesentlichen zur Gefühls- und Temperamentssache des einzelnen Schriftstellers und von dieser schwankenden Grundloge rühren die verschiedenartigen Ergebnisse des Prüfungsrechts her, die wir oben gesehen haben.

Wir müssen deshalb den umgekehrten Weg einschlagen und zunächst und vor allem daran festhalten, dass die Gehorsamspflicht für den Verwaltungsbeamten das gegebene Prinzip ist. Wir müssen dies umsomehr tun, als das Prüfungsrecht, wie oben dargelegt, ein Gehorsamsverweigerungsrecht, also die Negation einer Pflicht des Beamten in sich schliesst. Daher steht ihm, im Gegensatz zum Richter, der bei seiner eigentlichen Tätigkeit, der Rechtsanwendung, keiner Oberbehörde gehorsamspflichtig ist, prinzipiell kein Prüfungsrecht zu. Will man ihm ausnahmsweise ein solches geben, so muss der Grund dazu gesetzlich festgelegt sein, und dies geschieht dadurch, dass ein Gesetz oder auch ein ungeschriebener Rechtssatz ihn für seine Amtshandlung verantwortlich macht Denn wer eine Verantwortung tragen soll, der muss dieser Verantwortung im einzelnen durch sein Handeln auch entgehen können, der muss, mit anderen Worten, im Handeln frei sein[1]). Wer aber seine Handlungsweise auf ihre Rechtmässigkeit hin nicht

[1]) Vgl. auch Kiefer, das Aufsichtsrecht des Reichs über die Einzelstaaten (Heft 18 der Abhandl. aus dem Staats- und Verwaltungsrecht herausgeg. v. Brie und Fleischmann) S. 14.

prüfen darf, ist in der Freiheit seiner Handlungsweise beschränkt. Daher enthält die Verantwortlichkeit des Beamten implicite in ihrer Ausdehnung die Forderung des Prüfungsrechts.

Wir kehren nunmehr zum Preussischen Recht zurück, um hier festzustellen, in welchen Fällen eine Verantwortlichkeit der Beamten gegeben ist. Wir scheiden die Verantwortlichkeit in die privatrechtliche, die strafrechtliche und die staatsrechtliche Verantwortlichkeit und beginnen mit der letzten.

Staatsrechtlich verantwortlich macht sich ein Beamter, der seine Pflichten gegen den Staat verletzt. Alle Pflichten gegen den Staat lassen sich nun zurückführen auf zwei: Gehorsam und Treue. Während Gehorsam etwas rein Objektives ist, nämlich die Pflicht, ohne Rücksicht auf die eigene Meinung einen Befehl auszuführen, ist Treue etwas rein Subjektives, nämlich die Pflicht, demjenigen, dem man sie schuldet, nach bestem Wissen und Gewissen Gutes zu erweisen, Schädigungen gegen ihn zu unterlassen und drohende Gefahren abzuwehren. Es bedarf keines Nachweises, dass diese Pflichten leicht miteinander kollidieren können, nämlich dann, wenn die Meinung des Vorgesetzten und die des Untergebenen von einander abweichen in der Beurteilung dessen, was gut und nützlich und richtig ist. Die Möglichkeit eines solchen Konfliktes hat sogar dazu geführt, dass ein Teil der Wissenschaft die Annahme einer Treuepflicht des Beamten überhaupt verwirft[1]). Dieser radikale Ausweg ist jedoch nicht nötig, wenn wir uns nur vergegenwärtigen, dass beide Pflichten nicht gleichwertig sind, sondern dass der Gehorsam als Grundlage des ganzen Verwaltungssystems der Treue vorgeht. Der Gehorsam wird durch die Treue lediglich dahin modifiziert, dass der Beamte nicht blindlings dem Befehle seines Vorgesetzten zu gehorchen, sondern selbst darüber nachzudenken hat, was dem Staate nützlich ist. Es ist dies Zusammenwirken von Treue und Gehorsam dasselbe, was Schulze[2]) als „intelligenten Gehorsam“ bezeichnet. Der Beamte hat also seinem Vorgesetzten zu gehorchen, aber erst, wenn er seine Treuepflicht gegen den Staat erfüllt hat,

[1]) Jellinek, S. 187, 192, G. Meyer, S. 512, Rehm, Rechtliche Natur des Staatsdienstes S. 86, v. Seydel, Bayrisches Staatsrecht Bd. III S. 387. [2]) Bd. I S. 314.

d. h. wenn er alles getan hat, um einen Schaden vom Staate abzuwenden. Wenden wir dieses Ergebnis auf unseren Fall an, so kommen wir zu dem Ende, dass der Beamte, dem die Ausführung einer gesetzwidrigen Verordnung aufgetragen ist, alles tun muss, was in seinen Kräften steht, um die Ausführung zu hindern, aber immer unbeschadet seiner Gehorsamspflicht. Es bleibt ihm sonach nichts weiter übrig, als durch Remonstration bei der befehlenden Behörde diese auf die Gesetzwidrigkeit der Verordnung aufmerksam zu machen. Hat er dies getan, so hat er seiner Treuepflicht genügt; er kann staatsrechtlich nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden, und es besteht daher kein Bedürfnis, ihm ein weiteres Gehorsamsverweigerungs- und Prüfungsrecht zuzugestehen.

Gegen diese Remonstrationstheorie, die den Beamten zuerst zur Remonstration, sodann aber zum Gehorsam verpflichtet, ist eingewendet worden, sie enthalte einen logischen Widerspruch. Denn „ein rechtswidriger und an sich nichtiger Befehl könne dadurch nicht Rechtswirksamkeit erlangen, dass er zum zweiten Mal erteilt werde“ [1]). Dieser Einwand beruht auf der vorhin erwähnten Voraussetzung, dass der Beamte prinzipiell ein Prüfungsrecht hat. Macht man dagegen die Frage des Prüfungsrechts, wie wir es getan haben, von der Frage der Verantwortlichkeit des Beamten abhängig, so kommt es nur darauf an, ob der Beamte subjektiv gegen seine Verpflichtung gehandelt hat. Diese aber hat er mit der Remonstration erfüllt.

Strafrechtlich verantwortlich macht sich ein Beamter, der eine vom Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung begeht. Der Befehl des Vorgesetzten befreit ihn nicht von der Verantwortlichkeit für die Handlung; denn das Reichsstrafgesetzbuch betrachtet es nicht als Schuld- oder Strafausschliessungsgrund, dass ein Beamter die strafbare Handlung auf Befehl begangen hat [2]). Hier würde auch ein wiederholter Befehl den Beamten nicht von seiner Verantwortlichkeit befreien können; denn hier hat das Strafrecht den Konflikt zwischen Gehorsamspflicht gegen den Vorgesetzten

[1]) Laband, Staatsrecht Bd. I S. 441; ihm haben sich angeschlossen Bornhak, Bd. II S. 50, van Calker, S. 41, Freund, S. 124.

[2]) Brauer, S. 388, van Calker, S. 23, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 6 S. 440.

und gegen das Strafgesetz durch Nichtanerkennung des Befehls als Schuld- oder Strafausschliessungsgrund in dem Sinne entschieden, dass der Beamte stets dem Strafgesetz zu folgen habe. Anderenfalls hätte es ihm nicht die Verantwortlichkeit auferlegen können. Wenn also ein Vorgesetzter seinem Untergebenen die Ausführung einer Verordnung befiehlt, welche im gegebenen Falle von ihm eine strafbare Handlung verlangt, so ist der Untergebene sowohl berechtigt wie verpflichtet, dem Befehl keine Folge zu leisten.

Was die zivilrechtliche Haftung anbetrifft, so bestimmt weder das Allgemeine Landrecht noch das Bürgerliche Gesetzbuch die Fälle, in denen eine Haftung des Beamten eintritt. § 47 I 6 A.L.R. sieht den Ausschluss der Haftung für unerlaubte Handlungen lediglich für den vor, der die Befehle seines Vorgesetzten o h n e E i n s c h r ä n k u n g zu befolgen verpflichtet ist. § 89 II 10 A.L.R. bestimmt sogar nur, dass der Beamte für jedes Versehen haftet, lässt also die Frage offen, für welche Handlungen überhaupt eine Haftung gegeben ist. Ebenso sagt § 839 B.G.B. nur, dass der Beamte haftet, der „vorsätzlich oder fahrlässig seine Amtspflicht verletzt". Auch hier fehlt also eine Definition der Amtspflicht.

Man wird sich daher darauf beschränken müssen, eine zivilrechtliche Haftung des Beamten für eine innerhalb seines Amtskreises begangene Handlung auf die Fälle der unerlaubten Handlung zu beschränken und eine Haftung daher nur dann anzunehmen, wenn der Beamte seine staatsrechtlichen oder strafrechtlichen Verpflichtungen schuldhaft verletzt. Es erledigt sich die Frage nach der zivilrechtlichen Haftung also durch die Beantwortung der Frage nach der staatsrechtlichen und der strafrechtlichen Haftung[1]).

Da die von uns aufgestellten Grundsätze über die Haftung des Beamten aus Verpflichtungen des Beamten hervorgehen, so wird das Prüfungsrecht zugleich zur Prüfungspflicht.

Wir erhalten demnach folgende Sätze:

1. Der Verwaltungsbeamte hat ein Prüfungsrecht nur insoweit, als er eine Prüfungspflicht hat.

[1]) Die politische Verantwortlichkeit der Minister gehört nicht in diesen Zusammenhang.

2. Die Prüfungspflicht liegt dem Beamten ob,
   a) wenn der Befehl eine strafbare Handlung enthält, und zwar derart, dass er dem Befehle den Gehorsam unbedingt verweigern muss,
   b) wenn der Befehl in anderer Weise materiell ungesetzlich ist, nur derart, dass er den befehlenden Vorgesetzten auf die Unrechtmässigkeit des Befehls aufmerksam machen muss.

§ 7. V. Möglichkeit der Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts.

Soweit ein Prüfungsrecht überhaupt besteht, muss es also den Gerichten in vollem Masse zustehen. In engstem Zusammenhange damit steht die Frage, ob eine Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts durch positive Bestimmung überhaupt zulässig ist, ob nicht vielmehr eine solche Beschränkung einen Widerspruch zu der Stellung des Richters und der Eigenart des Richteramts bildet. Für das preussische Staatsrecht spitzt sich die Frage dahin zu, ob der Art. 106 Abs. 2 V.U., der zweifellos eine Besckränkung des Prüfungsrechts bildet, auch für die Gerichte, oder nur für die Verwaltungsbehörden massgebend ist. Die Frage wird verneint von Bartolomaeus[1]), der die Geltung des Art. 106 Abs. 2 V.U. für die Gerichte deshalb bestreitet, weil er in scharfem Widerspruch zu Art. 86 V.U. stehe. „Es ist nicht abzusehen", so folgert Bartolomaeus, „zu welchem Zwecke Art. 86 V.U. die Gerichte allein (nicht auch andere Behörden) ausschliesslich dem Gesetz unterstellte, wenn sie in Art. 106 Abs. 2 V.U. wie andere Behörden einer anderen Autorität, nämlich derjenigen gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen, welche die gesamte Unabhängigkeit der Gerichte in Frage stellen können, untergeordnet würden." Bartolomaeus geht davon aus, dass das Wort „Gesetz" in Art. 86 V.U. im formellen Sinne aufzufassen ist. Von dieser Grundlage aus ist der Versuch einer Lösung des Widerspruchs zwischen Art. 86 V.U. und Art. 106 Abs. 2 V.U. in dreifacher Richtung möglich. Entweder nämlich betrachtet man die Bestimmung des Art. 106 Abs. 2 V.U. als eine Ausnahme von dem Prinzip des Art. 86 V.U. Dem

[1]) Begriff des Gesetzes S. 597.

widerspricht aber die Stellung der beiden Artikel in der Verfassungsurkunde. Art. 86 V.U. befindet sich in dem Titel „Von der richterlichen Gewalt", während Art. 106 V.U. in dem Titel „Allgemeine Bestimmungen" steht. Wir hätten also die merkwürdige Erscheinung, dass allgemeine Bestimmungen eine Ausnahme von besonderen Bestimmungen bildeten. Beachtet man ferner, dass die Königlichen Verordnungen den wichtigsten Teil des ganzen Verordnungsgebiets bilden, so finden wir in Art. 106 Abs. 2 V.U. eine Ausnahme, die an Bedeutung die Regel weit übersteigt. Welchen Zweck soll es noch haben, mit Pathos zu erklären, dass der Richter nur dem formellen Gesetz unterworfen ist, wenn man ihn zugleich der wichtigsten formellen Verordnung unterwirft. Dieselben Gründe sprechen gegen die zweite Möglickeit einer Lösung, die darin gefunden werden könnte, dass man sagt, der Richter folge bei strikter Anwendung einer Königlichen Verordnung nicht dieser, sondern der Verfassung, die ihre Prüfung verbietet. Es ist nicht anzunehmen, dass die Verfassung sagen wollte: Ihr Richter seid nur dem formellen Gesetze unterworfen, und deshalb bestimme ich als formelles Gesetz, dass ihr auch Königlichen Verordnungen unterworfen sein sollt. Es ist nicht anzunehmen, dass die Verfassung auf diese Weise eine ihrer wichtigsten Bestimmungen zum grossen Teil wieder illusorisch machen wollte.

So bleibt in der Tat nur der dritte von Bartolomaeus gewählte Ausweg: anzunehmen, dass Art. 106 Abs. 2 V.U. sich nur auf den Verwaltungsbeamten, nicht auch auf den Richter bezieht. Allein auch dieser Weg ist nicht gangbar. Das Wort Gesetz in Art. 86 V.U. ist im materiellen Sinne aufzufassen. Es steht daher Art. 106 Abs. 2 V.U. mit Art. 86 V.U. nicht im Widerspruch und wir müssen die Bestimmung des Art. 106 Abs. 2 V.U. — lege non distinguente — auch auf die Richter anwenden.

Den ersten Beweis für diese Auffassung bietet die Entstehungsgeschichte des Art. 106 Abs. 2 V.U. Er war in der ursprünglichen Verfassung vom 5. Dezember 1848 nicht enthalten, sondern er findet sich erst in der Proposition XIII der Königlichen Botschaft vom 7. Januar 1850, die den Ausschluss des Prüfungsrechts der Behörden hinsichtlich der materiellen Rechtsgiltigkeit von Verordnungen forderte und von den Kammern mit der Beschränkung

auf Königliche Verordnungen angenommen wurde. Die Begründung der Proposition XIII der Königlichen Botschaft enthält folgenden Satz[1]):

„Solange keine derselben (der Kammern) behauptet, dass durch die Erlassung einer Verordnung in das Gebiet der Gesetzgebung eingegriffen sei, werden die Gerichte und die anderen Behörden die Verordnung als verfassungsmässig erlassen ansehen müssen . . . . "

Ebenso fasste man auch bei der Beratung in den Kammern den Art. 106 Abs. 2 V. U. in erster Reihe als eine gewollte Beschränkung der richterlichen Gewalt auf. Ja, es hat nach den in den Kammern gehaltenen Reden den Anschein, als habe man überhaupt nur an die Gerichte gedacht. Denn überall wird nur des Verhältnisses des Art. 106 Abs. 2 V. U. zur richterlichen Gewalt Erwähnung getan. Wir zitieren nur einige der markantesten Stellen. So sagte der erste Redner, Abgeordneter Broicher [2]):

„Die Frage nun, welche der Artikel 13 (gemeint ist die Proposition XIII) der Königlichen Botschaft behandelt, betrifft wesentlich das Verhältnis der richterlichen zur gesetzgebenden Gewalt."

Darauf der Justizminister Simons [3]):

„Wie für die Kompetenz des Richters bestimmte Begrenzungen nach territorialen Beziehungen, nach dem Ursprung der Rechtsgeschäfte und nach der Rechtsfähigkeit der Personen gezogen werden können, so kann diese Kompetenz auch nach staatsrechtlichen Gesichtspunkten in eine gewisse Schranke zurückgeführt werden; von einer solchen Schranke handelt es sich im vorliegenden Fall."

Endlich der letzte Redner zu diesem Gegenstande, Abgeordneter Simson[4]):

„Er (der vorliegende Artikel) ist uns jedesmal aus der gleichen Richtung und dem gleichen Prinzip, dem der sogenannten Teilung der Gewalten, empfohlen worden. Diese Tei-

---

[1]) Stenographische Berichte der Verhandlungen der II. Kammer 1849/50 S. 2161.
[2]) S. 2119.
[3]) S. 2120.
[4]) S. 2121.

lung, meine Herren, würde, wenn man sie im vorliegenden Falle so auffassen dürfte, wie eben von zwei Rednern geschehen ist, neben der Aufrechterhaltung zweier Gewalten die Zerstörung der dritten, nämlich der richterlichen, im Gefolge haben."

In den Beratungen der ersten Kammer über die Proposition XIII der Königlichen Botschaft [1]) spricht der Abgeordnete Hansemann ebenfalls nur von den Gerichten und der Beschränkung ihrer Tätigkeit durch die erwähnte Proposition, während der zweite und letzte Redner, der Abgeordnete Kisker, die Vorschrift als für die Verwaltungsbehörden selbstverständlich hinstellt, und bezüglich der Gerichte nur auf den logischen Widerspruch zwischen der Stellung des Richters und der Beschränkung des Prüfungsrechts durch die Proposition XIII hinweist.

Also der Zweck der Bestimmung war zweifellos, eine Beschränkung der richterlichen Gewalt herbeizuführen.

Aber auch aus logischen Gesichtspunkten muss man zu dem gleichen Resultat kommen. Wie wir im vorigen Paragraphen dargelegt haben, ist das Prüfungsrecht der Verwaltungsbeamten ein recht beschränktes. Die unteren und mittleren Behörden sind im wesentlichen an die Entscheidung der Zentralbehörden gebunden, und diese Zentralbehörden, d. h. die Minister, sind es ja gerade, die durch Erteilung ihrer Gegenzeichnung der Königlichen Verordnung das Zeugnis der Verfassungsmässigkeit, d. h. der Gesetzmässigkeit implicite ausstellen.

Wollte man aber schliesslich die Anwendbarkeit des Art. 106 Abs. 2. V.U. auf die Gerichte um deswillen leugnen, weil es die notwendige Aufgabe der Gerichte sei, bei Anwendung der Rechtsquellen, diese zu prüfen [2]), so ist darauf zu erwidern, dass diese Notwendigkeit eine rein innere ist. Auch die freie Beweiswürdigung ist eine logische Notwendigkeit für den Richter, und doch ist im älteren Recht, und teilweise noch im heutigen (Beweis durch Eid oder Urkunden im Zivilprozess) der freien richterlichen Beweiswürdigung eine beengende Schranke gezogen worden. Muss auch zugegeben werden, dass die Bestimmung des Art. 106 Abs. 2 V.U.

[1]) Stenographische Berichte der Verhandlung der I. Kammer 1849 S 2374 – 2375.

[2]) Abgeordnetər Kisker in den Sten Ber. der Verh der ersten Kammer 1849/50 S. 2375.

einen Fremdkörper sowohl im konstitutionellen Staatswesen wie in der Rechtsanwendung bildet[1]), so ist doch daran festzuhalten, dass die überragende Stellung der gesetzgebenden Gewalt im Staate dieser die Möglichkeit gibt, die natürliche und logische Stellung der richterlichen Gewalt zu ändern, sei es selbst unter Erschütterung ihrer Grundlage.

[1]) Siehe den dritten Teil der Arbeit.

Lebenslauf.

Am 15. April 1887 als Sohn des Kaufmanns und Stadtrats Hermann Elkeles und seiner Ehefrau Betty geb. Goldenring in Posen geboren, jüdischer Religion, besuchte ich das Königliche Friedrich-Wilhelms-Gymnasium zu Posen, das ich am 12. Februar 1906 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Ich studierte dann an den Universitäten in Genf, München, Berlin und Breslau Rechtswissenschaft. Am 12. Juni 1909 bestand ich am Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Prüfung mit dem Prädikat „Gut“ und am 17. Juni 1909 die mündliche Doktorprüfung.

Nachdem ich am 26. Juni 1909 zum Referendar ernannt worden war, wurde ich zuerst dem Amtsgericht in Wronke und dann dem Landgericht in Posen zur Ausbildung überwiesen. Zur Zeit bin ich bei der Staatsanwaltschaft in Posen beschäftigt.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 8.